Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/203733
Zaaknummer: 14.1382.39
Datum: 2 juli 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet (hierna: Sw) over de gebruiksvergoeding spoor in 2015 en 2016 naar aanleiding van de aanvraag ingediend door de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (hierna: FMN).

1 Inleiding

1. Het voorliggende besluit is een oordeel van ACM, op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, van de Sw. Aanleiding voor dit besluit is een verzoek van vier regionale spoorvervoerders:
   - Arriva Personenvervoer BV;
   - Connexxion Openbaar Vervoer NV;
   - Syntus Openbaar vervoer BV, en;
   - Veolia Transport Nederland BV,

   verenigd in FMN.

2. FMN verzocht ACM op 18 december 2014 om een oordeel over diverse aspecten van de tarieven voor het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur, bedoeld in artikel 62 Sw (hierna: de gebruiksvergoeding), voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016. De leden van FMN zijn de gebruiksvergoeding voor het dienstregelingsjaar 2015 individueel overeengekomen in toegangsovereenkomsten met de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur, ProRail BV (hierna: ProRail). Voor het dienstregelingsjaar 2016 geldt dat de gebruiksvergoeding door ProRail is vastgesteld in de netverklaring voor dat dienstregelingsjaar, die op 24 november 2014 door ProRail is vastgesteld.

2 Verloop van de procedure

3. Op 18 december 2014 heeft FMN een verzoek bij ACM ingediend. Dit verzoek is op 8 januari 2015 aangevuld.

4. Op 14 januari 2015 heeft ACM ProRail verzocht om een schriftelijke zienswijze op het verzoek van FMN. ProRail heeft haar zienswijze op 4 februari 2015 aan ACM toegezonden.

5. Op 23 januari 2015 heeft ACM schriftelijk vragen gesteld aan ProRail. ProRail heeft die vragen op 9 februari 2015 beantwoord.

6. Op 5 februari 2015 heeft ACM tevens schriftelijk vragen gesteld aan FMN. FMN heeft die op 27 februari 2015 beantwoord.

7. Op 12 februari 2015 heeft ACM FMN verzocht om een schriftelijke reactie op de zienswijze van ProRail van 4 februari 2015. FMN heeft op 2 april 2015 haar zienswijze gegeven.

8. Op 3 maart 2015 heeft ACM een tweede maal schriftelijke vragen gesteld aan ProRail. Hierop heeft ProRail op 12 maart 2015 geantwoord.

9. Op 16 maart 2015 heeft ten kantore van ACM een bespreking plaatsgevonden tussen ACM en ProRail, ter verduidelijking van de antwoorden van ProRail van 9 februari 2015 (bedoeld in randnummer 5 hiervóór). ProRail heeft, op mondeling verzoek van ACM tijdens de bespreking op 27 maart 2015, enkele antwoorden op vragen uit de bespreking nagestuurd. Deze antwoorden en het verslag van deze bespreking zijn op 15 april 2015 aan FMN gestuurd.

10. Op 3 april 2015 heeft ACM ProRail verzocht om een schriftelijke reactie op de zienswijze van FMN van 3 april 2015. Hierop heeft ProRail op 20 april 2015 gereageerd.

11. Op 30 april 2015 heeft ten kantore van ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens deze hoorzitting hebben beide partijen hun zienswijzen toegelicht en heeft ACM hen vragen gesteld. Van de hoorzitting is een verslag opgesteld, dat op 8 juni 2015 aan FMN en ProRail is toegezonden. Op 10 en 17 juni 2015 hebben respectievelijk FMN en ProRail gereageerd op het verslag.

12. Op 6 mei 2015 heeft ProRail geantwoord op de resterende vragen tijdens de hoorzitting. Hierop heeft FMN op 11 mei 2015 gereageerd.

13. Op 27 mei 2015 heeft ACM schriftelijk vragen gesteld aan ProRail. ProRail heeft die vragen op 8 juni 2015 beantwoord.

14. Op 9 juni 2015 heeft ACM schriftelijk aanvullende vragen gesteld aan ProRail. ProRail heeft die vragen op 18 juni 2015 beantwoord.

3 Juridisch kader

15. Aan de gebruiksvergoeding voor het minimumpakket voor toegang tot de spoorwegen zijn de volgende eisen gesteld bij of krachtens de Spoorwegwet:

Artikel 58 Spoorwegwet
1. De beheerder stelt jaarlijks, na overleg met betrokken gerechtigden, een netverklaring op.
2. De netverklaring bevat de gegevens, bedoeld in artikel 3 en bijlage I van richtlijn 2001/14/EG en voorts ten minste […]

Artikel 62 Spoorwegwet
1. Behoudens het tweede, derde en vijfde lid bedragen de begrote opbrengsten van de gebruiksvergoeding niet meer dan de begrote kosten ter zake van de desbetreffende hoofdspoorweginfrastructuur in dat jaar voor de beheerder.
[…]
7. De overeengekomen gebruiksvergoeding voldoet aan de artikelen 4, vierde en vijfde lid, 7 tot en met 12 en 26, derde lid, van richtlijn 2001/14/EG.

Artikel 63 Spoorwegwet
1. Onderhandelingen tussen een gerechtigde en de beheerder betreffende de hoogte van de gebruiksvergoeding zijn niet toegestaan dan na een melding aan en onder toezicht van de Autoriteit Consument en Markt.
2. De Autoriteit Consument en Markt legt, indien de onderhandelingen naar haar oordeel in strijd zijn met richtlijn 2001/14/EG, aan de overtreder zo nodig een last onder dwangsom op.

16. Voorts bepaalt Richtlijn 2001/14/EG ten aanzien van de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket, voor zover hier relevant:

Artikel 3

Netverklaring

1. De infrastructuurbeheerder stelt na overleg met de belanghebbenden een netverklaring op en maakt deze verklaring bekend, te verkrijgen tegen betaling van een vergoeding die de kosten van publicatie ervan niet mag overschrijden.
2. De netverklaring beschrijft de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur. Zij bevat ook informatie over de voorwaarden voor toegang tot de spoorweginfrastructuur. De inhoud van de netverklaring wordt gestipuleerd in bijlage I.
3. De netverklaring wordt bijgewerkt en zo nodig gewijzigd.
4. De netverklaring wordt ten minste vier maanden vóór het verstrijken van de termijn voor de indiening van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit bekendgemaakt.

Artikel 4
[…]
4. De infrastructuurbeheerders zorgen ervoor dat de gebruikte tariferingsregeling voor hun gehele net op dezelfde beginselen berust, tenzij op grond van artikel 8, lid 2, specifieke regelingen zijn getroffen.
5. De infrastructuurbeheerders vergewissen zich ervan dat de toepassing van de tariferingsregeling resulteert in gelijkwaardige en niet-discriminerende gebruiksrechten wanneer verschillende spoorwegondernemingen in soortgelijke delen van de markt diensten van vergelijkbare aard verrichten, en dat de daadwerkelijk geheven rechten aan de voorschriften van de netverklaring voldoen.

Artikel 7
[…]
3. Onverminderd de leden 4 en 5 en artikel 8 wordt voor het minimumtoegangspakket en de toegang via het spoor tot voorzieningen een heffing vastgesteld die gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.
[…]
6. De gebruiksrechten als bedoeld in de leden 3, 4 en 5, mogen worden uitgedrukt als gemiddelde, berekend over een voldoende aantal treindiensten en tijden, teneinde ongewenste onevenredige schommelingen te vermijden. Toch dient de relatieve omvang van de infrastructuurrechten te worden gerelateerd aan de kosten die aan de diensten moeten worden toegeschreven.
[…]

17. De volgende onderdelen van Bijlagen I en II bij Richtlijn 2001/14/EG zijn voorts relevant:

BIJLAGE I

Inhoud van de netverklaring

De in artikel 3 bedoelde netverklaring bevat de volgende informatie:

1. een gedeelte waarin de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur en de voor toegang tot de spoorweginfrastructuur geldende voorwaarden worden beschreven;
2. een gedeelte waarin de heffingsbeginselen en de tarieven opgenomen zijn. Dit zal de nodige details over het heffingsstelsel bevatten, alsmede voldoende gegevens over gebruiksrechten in verband met de in bijlage II genoemde diensten die door één leverancier worden verschaft. De voor de toepassing van artikel 7, leden 4 en 5, en de artikelen 8 en 9 gebruikte methode, voorschriften en, indien van toepassing, schalen worden nader omschreven. Voorts bevat dit gedeelte informatie over de reeds vastgestelde of verwachte wijzigingen van de gebruiksrechten;
[…]

BIJLAGE II

Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

1. Het minimumtoegangspakket omvat:

a. behandeling van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit;

b. het recht gebruik te maken van toegewezen capaciteit;

c. gebruik van aansluitingen en wissels op het net;

d. treinbeheer met inbegrip van seinen, regeling, treindienstleiding en de overdracht en levering van gegevens over treinbewegingen;

e. alle overige gegevens die nodig zijn om de dienst waarvoor capaciteit aangevraagd is, tot stand te brengen of te exploiteren.

2. De toegang via het spoor tot voorzieningen en de verlening van diensten omvatten:

a. in voorkomend geval gebruik van elektrische voedingsinstallaties ten behoeve van de tractie;

[…]

18. Verder bepaalde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in zijn uitspraak van 27 april 2009[1] het volgende over de gebruiksvergoeding:

> *"Naar het oordeel van het College dwingt artikel 7, derde lid, Richtlijn 2001/14/EG niet tot de conclusie dat de […] gewenste onderhandelingen over de gebruiksvergoeding niet toelaatbaar zijn. Deze bepaling regelt niet welke kosten precies moeten worden gerekend tot de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien en waaraan de heffing voor het gebruik van de infrastructuur gelijk moet zijn. Deze bepaling laat derhalve ruimte voor onderhandelingen tussen de beheerder en een spoorwegonderneming over de invulling van deze kosten. Hierbij is artikel 7, zesde lid, Richtlijn 2001/14/EG van belang. Deze bepaling eist dat, indien sprake is van berekening van de in het derde lid bedoelde gebruiksrechten als gemiddelde over een voldoende aantal treindiensten en tijden, de relatieve omvang van de rechten dient te worden gerelateerd aan de kosten die aan de hierbij in aanmerking te nemen diensten moeten worden toegeschreven. Uit dit vereiste met betrekking tot de kostentoerekening volgt, dat de in het derde lid vermelde norm voor de hoogte van de gebruiksrechten de mogelijkheid van differentiatie van de gebruiksvergoeding, op basis van de specifieke kosten voor gebruik van infrastructuur ten behoeve van een bepaalde treindienst door een bepaalde spoorwegonderneming, niet uitsluit. Gegeven deze mogelijkheid tot differentiatie, werpt het derde lid naar het oordeel van het College geen absolute blokkade op tegen onderhandelingen tussen de beheerder en een spoorwegonderneming over de gebruiksvergoeding in relatie tot de kostenaspecten die bij eventuele differentiatie kunnen spelen.*
>
> *Gelet op het vorenstaande, kan in artikel 7, derde lid, Richtlijn 2001/14/EG geen basis worden gevonden voor de door de rechtbank getrokken conclusie dat deze bepaling*

[1] College van Beroep voor het bedrijfsleven, uitspraak van 27 april 2009, AWB 07/872 en AWB 07/873, ECLI:NL:CBB:2009:BI4282.

> *betekent dat de hoogte van de gebruiksvergoeding voor de dienstenpakketten 1 en 2 automatisch vaststaat.*
>
> *De netverklaring staat aan dit oordeel niet in de weg, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de aard en strekking van dit document. Van belang hierbij is nog dat NMa heeft uiteengezet dat de netverklaring jaarlijks, vóór het jaar waarop zij betrekking heeft, wordt vastgesteld, waarna de capaciteit wordt verdeeld over de spoorwegondernemingen die van de infrastructuur gebruik willen maken en de toegangsovereenkomsten worden gesloten. Dit betekent volgens NMa dat de kosten die voor ProRail uit de exploitatie van de treindiensten voortvloeien, niet vaststaan op het moment dat de netverklaring wordt vastgesteld. Eerst nadat duidelijk is geworden voor welke treindiensten en door welke spoorwegondernemingen de infrastructuur in het betreffende jaar zal worden gebruikt, kunnen deze kosten worden bepaald. NMa heeft erop gewezen dat de netverklaring vervolgens, zo nodig daarop kan worden aangepast. In artikel 3, derde lid, Richtlijn 2001/14/EG en artikel 58, vierde lid, Sw is immers voorzien in de mogelijkheid tot wijziging van de netverklaring.*
>
> *Tegen de achtergrond van de in Richtlijn 2001/14/EG en de Sw neergelegde regeling met betrekking tot de totstandkoming en wijziging van de netverklaring en het ter uitvoering van artikel 7, derde lid, van deze richtlijn vastgestelde artikel 62, eerste lid, Sw, ziet het College geen reden voor twijfel aan de juistheid van deze uiteenzetting van NMa. In die uiteenzetting ziet het College een bevestiging van zijn hiervoor in 5.3.11 gegeven oordeel dat de netverklaring kan worden beschouwd als een met bepaalde waarborgen gezekerd vertrekpunt voor onderhandelingen tussen de beheerder en een spoorwegonderneming over de totstandkoming van de toegangsovereenkomst en de daarbij te betrekken gebruiksvergoeding in brede zin.*
>
> *[…] Gelet op het hiervoor overwogene volgt het College de rechtbank niet in haar oordeel dat (het systeem van) de Sw en de Richtlijn zich verzetten tegen het voeren van onderhandelingen over de gebruiksvergoeding voor de dienstenpakketten 1 en 2. Het College merkt hierbij nog op dat dit zeker niet betekent dat de beheerder in het algemeen en onder alle omstandigheden is gehouden tot het voeren van onderhandelingen over deze vergoeding in al haar facetten."*

4 Verzoek FMN

19. In haar verzoek vraagt FMN – kort gezegd – aan ACM een oordeel over de volgende onderwerpen, c.q. daarover te besluiten in navolgende zin:[2]

20. Ten eerste wil FMN dat ACM ProRail gebiedt om de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 (alsnog) in beheersmatige onafhankelijkheid vast te stellen. Volgens FMN heeft ProRail zich, bij de vaststelling van de (hoogte van de) gebruiksvergoeding voor die jaren, te zeer laten leiden door de wens van het Kabinet Rutte-I, om de opbrengsten uit de gebruiksvergoeding structureel met € 50 miljoen per jaar te verhogen. FMN verzoekt ACM te onderzoeken of de € 50 miljoen, geheel of ten dele,

---

[2] Verzoek FMN, randnummer 5.3.

rechtmatig door ProRail in de gebruiksvergoeding is verdisconteerd en de gebruiksvergoeding te verlagen met dat deel van de kosten dat – alsdan gebleken – onrechtmatig zou zijn toegerekend aan de gebruiksvergoeding.

21. Ten tweede verzoekt FMN ProRail te gebieden te voldoen aan zijn verplichtingen om op een open en reële wijze in onderhandeling te treden met FMN over het aangaan van de toegangsovereenkomst voor het jaar 2016. Dit vooral waar het onderhandelingen betreft over de (hoogte van) de gebruiksvergoeding voor dat dienstregelingsjaar.

22. Ten derde verzoekt FMN ACM met het oog op een voorspoedig verloop van de onderhandelingen over de gebruiksvergoeding voor het dienstregelingsjaar 2016, een oordeel te geven over de juistheid van de door partijen betrokken stellingen over de mate waarin de gebruiksvergoeding onderhandelbaar is. Daarbij verzoekt FMN aan ACM zich uit te laten over de vraag welke aspecten in de onderhandelingen betrokken mogen of moeten worden voor wat betreft het dienstregelingsjaar 2016 - respectievelijk mochten of moesten worden voor wat betreft 2015. FMN vraagt daarbij in het bijzonder aandacht voor een aantal redenen waarom volgens haar de gebruiksvergoeding gedifferentieerd zou mogen of moeten worden:

    (a) mogelijke kwaliteitsverschillen tussen enerzijds het regionale net dat de leden van FMN gebruiken en anderzijds het hoofdrailnet, dat overwegend door de NV Nederlandse Spoorwegen wordt gebruikt;
    (b) relatief geringe inspanningen die het regionale net volgens FMN van ProRail vergen;
    (c) mogelijk hogere kosten voor de leden van FMN voor het gebruik van het regionale net wegens het ontbreken van elektrificatie (bovenleiding) op delen daarvan;
    (d) mogelijk hogere kosten die de enkelsporigheid van het regionale net met zich brengen voor de leden van FMN, en;
    (e) het verdisconteren van de lagere kosten voor ProRail, door de inzet van licht treinmaterieel door de leden van FMN. De inzet van licht materieel zou volgens FMN gereflecteerd moeten zijn in een fijnmaziger indeling van de gewichtsklassen bij de tarieven voor treinkilometers.

23. Ten vierde verzoekt FMN ProRail te gebieden met terugwerkende kracht tot 1 januari 2015 uitvoering te geven aan een besluit van ACM over de hiervoor genoemde zaken, voor zover van toepassing met restitutie van door FMN te veel aan ProRail betaalde gebruiksvergoeding, plus de wettelijke rente.

24. Tot slot verzoekt FMN aan ACM om, met het oog op haar grieven, zodanige maatregelen te nemen als ACM geraden voorkomt.

5 Overwegingen ACM

5.1 Ontvankelijkheid

25. Op grond van artikel 71, eerste lid, Sw kunnen (onder andere) spoorwegondernemingen aan ACM verzoeken om te onderzoeken of zij door (onder andere) de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur zijn benadeeld, gediscrimineerd of anderszins onredelijk zijn behandeld. Op grond van het tweede lid van artikel 71 Sw kunnen partijen bij een toegangsovereenkomst ACM verzoeken om een oordeel te geven over het gedrag van de wederpartij bij die overeenkomst.

26. ACM stelt vast dat alle leden van FMN spoorwegondernemingen zijn in de zin van artikel 1, eerste lid, Sw en dat FMN uitsluitend bestaat uit leden die (tevens) spoorwegonderneming zijn. Daarnaast hebben alle leden van FMN een toegangsovereenkomst afgesloten met ProRail voor het dienstregelingsjaar 2015.

27. ACM besluit, gezien het vorenstaande, dat FMN ontvankelijk is in haar aanvraag, zowel op grond van het eerste als het tweede lid van artikel 71 Sw.

5.2 Verhoging van de totale inkomsten uit de gebruiksvergoeding

28. FMN stelt dat ProRail de gebruiksvergoeding onvoldoende beheersmatig onafhankelijk heeft vastgesteld door zich te laten leiden door de wens van het Kabinet Rutte-I om de opbrengsten uit de gebruiksvergoeding structureel met € 50 miljoen te verhogen. FMN verzoekt ACM om de gebruiksvergoeding te verlagen met € 50 miljoen of ten minste het deel daarvan dat niet rechtmatig in de gebruiksvergoeding is opgenomen.

29. De eis van beheersmatige onafhankelijkheid volgt uit artikel 4, lid 1, Richtlijn 2001/14/EG en houdt, kort gezegd, in dat de beheerder van de spoorweginfrastructuur (ProRail) een onafhankelijke positie inneemt ten aanzien van zijn opdrachtgevers, opdrachtnemers en haar afnemers – met name van spoorwegondernemingen.

30. In het kader van het verzoek van FMN is ACM van oordeel dat het er hier om gaat dat ProRail voldoet aan de wettelijke eisen ten aanzien van de gebruiksvergoeding. Kortom, bij een wens van het Kabinet Rutte-I om meer opbrengsten uit de gebruiksvergoeding te halen, betekent beheersmatige onafhankelijkheid dat ProRail hier geen gevolg aan geeft als dit in strijd is met de wettelijke eisen voor de gebruiksvergoeding. In dit onderdeel beoordeelt ACM daarom of het totale bedrag dat ProRail als gebruiksvergoeding in rekening wil brengen, voldoet aan de wettelijke eisen. In onderdeel 5.3 en 5.4 van dit besluit wordt beoordeeld of de *toerekening* van dit totale bedrag aan verschillende diensten en gebruikers voldoet aan de wettelijke eisen.

31. ACM beoordeelt eerst de kostenstijgingen in 2015 die grotendeels volgen uit een nieuwe kostensystematiek. Deze wijkt af van de kostensystematiek gehanteerd voor de bepaling van de tarieven in 2014 en eerdere jaren. Daarna beoordeelt ACM de kostenstijgingen in 2016 die het gevolg zijn van autonome kostenstijgingen en nieuwe wijzigingen van de kostensystematiek die voor het eerst in 2016 worden toegepast.

5.2.1 Beoordeling van de kostenstijging in 2015

Inleiding

32. ACM beschrijft hier eerst de hoofdlijnen van de kostensystematiek en de toepassing daarvan. Het proces voor het bepalen van de tarieven van de gebruiksvergoeding bestaat uit verschillende delen. Eerst worden alle kosten van ProRail die gerelateerd zijn aan het beheer van de relevante spoorweginfrastructuur geïdentificeerd (de integrale kostenbasis). Van deze integrale kostenbasis wordt vervolgens per kostenpost bepaald welk deel rechtstreeks uit de exploitatie voortvloeit, ofwel welk deel van de kosten varieert met het gebruik: de variabele kosten. De vaste kosten, die er ook zouden zijn indien er niet op het spoor wordt gereden, blijven dus buiten beschouwing. Het percentage van de integrale (totale) kosten dat variabel is, wordt de variabiliteit genoemd. De variabele kosten, die als gebruiksvergoeding worden toegerekend bestaan voor 2015 uit 299 miljoen[3] euro.[4] De variabele kosten worden vervolgens toegerekend aan verschillende diensten en op basis van het geschatte gebruik van die diensten worden vervolgens de tarieven van de verschillende diensten bepaald.

33. De gebruiksvergoeding stijgt van 279 miljoen in 2014 (prijspeil 2014) naar 299 miljoen in 2015 (prijspeil 2015). De verhoging van € 20 miljoen is grotendeels het gevolg van een nieuwe kostensystematiek. Deze wijkt af van de kostensystematiek gehanteerd voor de bepaling van de tarieven in 2014 en eerdere jaren. De nieuwe kostensystematiek die ProRail voor het eerst in 2015 toepast, is door ProRail in de periode 2011-2012 ontwikkeld. ProRail heeft daar ook de spoorwegondernemingen[5] en ACM bij betrokken. Volgens ACM voldeed de systematiek die ProRail destijds tot stand bracht op hoofdlijnen aan de relevante wettelijke eisen.[6]

34. ACM beoordeelt hierna alle wijzigingen die resulteren in de verhoging van 20 miljoen in 2015.[7] De kostenveranderingen ten opzichte van 2014 van de beoordeelde elementen worden hierna steeds tussen haakjes aangegeven.

---

[3] ProRail, brief 12 maart 2015.

[4] Dit betreft de gebruiksvergoeding voor het het spoor zonder de HSL en de Betuwe route.

[5] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 3.15.

[6] Zie Bijlage 1 bij dit besluit.

[7] Deze wijzigingen worden beschreven in de brief van ProRail van 27 maart 2015 in het antwoord op vraag 4.

Wijzigingen in de kostensystematiek

Hogere variabiliteit

35. Verschillende kostensoorten van ProRail kennen een verschillende variabiliteit. Voor het vaststellen van de variabele kosten die ProRail in 2015 toerekent aan de tarieven, zijn met name de volgende vier variabiliteiten van belang:
(a) de onderhoudskosten van spoor en wissels;
(b) de kosten van verkeersleiding;
(c) de kosten vervangingsinvesteringen, en;
(d) de kosten van onderhoud van stations.

36. ProRail hanteert in 2015 voor het eerst een nieuwe methode voor het berekenen van de variabiliteit. Deze wordt beschreven in onderdeel 3 van de kostenrapportage van ProRail. Deze nieuwe methode resulteert in een hogere variabiliteit. De nieuwe methode is niet het gevolg van een verandering van de wettelijke eisen, maar van een andere invulling daarvan. Hierna beoordeelt ACM of de variabiliteit zoals die op de nieuwe manier door ProRail is bepaald voor verschillende kosten, voldoet aan de wettelijke eisen.

37. De variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels wordt door ProRail gemotiveerd in onderdeel 3.1 van de 'Tariefberekening gebruiksvergoeding 2015' en 'Tariefberekening gebruiksvergoeding 2016'. Een uitgebreidere motivering is te vinden in 'Gebruiksvergoeding op het spoor' van 29 juni 2012, bijlagen 7, 8 en 9. In antwoord op vragen van ACM heeft ProRail een nadere toelichting gegeven op de berekening van de variabiliteit.[8] ACM is van oordeel dat uit die motiveringen onvoldoende blijkt hoe ProRail tot deze variabiliteit komt. Zo wordt ACM niet duidelijk hoe figuur B.7.2 in 'Gebruiksvergoeding op het spoor' van 29 juni 2012 tot stand komt. Op basis van deze motivering kan ACM niet beoordelen of ProRail voldoet aan de wettelijke eis dat alleen de rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeiende kosten mogen worden toegerekend.

38. De variabiliteit van de kosten van verkeersleiding is door ProRail berekend door vast te stellen wat de relatie is tussen het aantal treindienstleiders van een verkeersleidingspost en de hoeveelheid treinkilometers die afgelegd wordt in het bediengebied van de betreffende verkeersleidingspost. Hieruit volgt voor 2015 en 2016 een variabiliteit van 70,0%. ACM is van oordeel dat dit een goede manier is voor het berekenen van de variabiliteit van de kosten van verkeersleiding. ACM is daarom van oordeel dat deze variabiliteit voldoet aan de wettelijke eisen.

[8] ProRail, brief 18 juni 2015, antwoord op vraag 1.

39. Door de hiervoor beoordeelde variabiliteiten zijn de variabele kosten met € 11 miljoen toegenomen ten opzichte van de oude kostensystematiek.

Overige wijzigingen in de kostensystematiek

40. ProRail rekent door een wijziging van de kostensystematiek in 2015 voor het eerst ook het variabele deel van de vervangingsinvesteringen toe aan de gebruiksvergoeding. ACM is van oordeel dat dit voldoet aan de wettelijke eisen, omdat een deel van de vervangingsinvesteringen wordt veroorzaakt door gebruik van het spoor.

41. De variabiliteit van de vervangingsinvesteringen wordt door ProRail gemotiveerd in onderdeel 3.3 van de 'Tariefberekening gebruiksvergoeding 2015' en 'Tariefberekening gebruiksvergoeding 2016'. Een uitgebreidere motivering is te vinden in 'Gebruiksvergoeding op het spoor' van 29 juni 2012, bijlagen 7, 8 en 9. In antwoord op vragen van ACM heeft ProRail een nadere toelichting gegeven op de berekening van de variabiliteit.[9] ACM is van oordeel dat uit die motiveringen onvoldoende blijkt hoe ProRail tot deze variabiliteit komt. Zo wordt ACM niet duidelijk hoe figuur B.8.2 in 'Gebruiksvergoeding op het spoor' van 29 juni 2012 tot stand komt. Ook uit bijlage 1 van de brief van ProRail van 18 juni 2015, die bedrijfsvertrouwelijk is, wordt naar het oordeel van ACM onvoldoende duidelijk hoe deze variabiliteit wordt berekend. Op basis van deze motivering kan ACM niet beoordelen of ProRail voldoet aan de wettelijke eis dat alleen de rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeiende kosten mogen worden toegerekend.

42. Door het toerekenen van de vervangingsinvesteringen stijgt de kostenbasis voor de gebruiksvergoeding met € 34 miljoen.

43. Daarnaast is een deel van de kosten van ProRail (netto-apparaatkosten), zoals de lonen en sociale lasten van de diensten Asset Management en ICT, niet meer meegenomen. ACM is van oordeel dat dit voldoet aan de wettelijke eisen, omdat deze kosten niet variabel zijn. De kostenbasis van de gebruiksvergoeding daalt hierdoor met € 16 miljoen.

44. Ook wordt de berekening van de kosten van stations (transfer) op een gewijzigde manier uitgevoerd. In de kostensystematiek 2015 worden de energiekosten (- € 4 miljoen) niet meegenomen, omdat deze niet variëren met de exploitatie van de treindienst. Naar het oordeel van ACM voldoet dit aan de wettelijke eisen.

45. Daarnaast is de variabiliteit van de schoonmaak-, energie- en onderhoudskosten verlaagd. De variabiliteit van de schoonmaak- en onderhoudskosten van stations (dienst transfer) wordt door ProRail berekend uit de relatie tussen de gerealiseerde kosten voor schoonmaak, energie en onderhoud van stations en het aantal in- en uitstappers per station. Naarmate het aantal in- en uitstappers op een station toeneemt, stijgen ook de totale kosten van schoonmaak, energie en onderhoud van dat station. Uit een analyse van

---

[9] ProRail, brief 18 juni 2015, antwoord op vraag 1.

hoe deze kosten van alle individuele stations toenemen met het aantal in- en uitstappers op die stations, kunnen de vaste kosten van een station worden afgeleid. Op basis hiervan stelt ProRail voor 2015 en 2016 voor alle stations gemiddeld een variabiliteit van 70,9% vast. De kostenbasis van de gebruiksvergoeding daalt hierdoor met € 5 miljoen. ACM is van oordeel dat dit een goede manier is voor het berekenen van de variabiliteit van de kosten van stations. ACM is daarom van oordeel dat deze variabiliteit voldoet aan de wettelijke eisen.

46. Verder zijn er een aantal kleinere wijzigingen die de kostenbasis van de gebruiksvergoeding in totaal met € 1 miljoen doet dalen. Het totale effect van de ‘Overige wijzigingen in de kostensystematiek in 2015’ ten opzichte van 2014 is een stijging van de kostenbasis van de gebruiksvergoeding van € 8 (34 – 16 – 4 – 5 – 1) miljoen.

Autonome wijzigingen in de kosten

47. Er is een stijging van € 1 miljoen van de kostenbasis die niet het gevolg is van wijzigingen van de kostensystematiek, maar van een autonome stijging van de kosten van ProRail.

Conclusie

48. De voorgaande veranderingen resulteren in de totale stijging van de kostenbasis met € 20 (= 11 + 8 + 1) miljoen. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat deze stijging van de kostenbasis met uitzondering van twee elementen voldoet aan de wettelijke eisen. Deze uitzonderingen zijn de volgende:

- de motivering van de variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels (zie randnummer 36);
- de motivering van de variabiliteit van de vervangingsinvesteringen (zie randnummer 41).

49. Door de onvoldoende duidelijke motivering van beide variabiliteiten kan ACM niet vaststellen of de gebruiksvergoeding voldoet aan de wettelijke eisen. Mogelijk is de variabiliteit niet goed vastgesteld.

50. Gelet op het voorgaande heeft ACM overwogen ProRail nogmaals vragen te stellen over de motivering van deze variabiliteiten. ACM is echter van oordeel dat dit het onderhavige besluit te veel zou vertragen. ProRail en spoorwegondernemingen hebben belang bij een besluit op de andere punten van het verzoek van FMN. Dat belang behelst mede dat aanpassingen die ACM van ProRail vraagt – op basis van andere onderdelen van de beoordeling – voor de gebruiksvergoeding van 2016, tijdig in een aanvulling op de Netverklaring 2016 door ProRail doorgevoerd kunnen worden. ACM is daarom van oordeel dat de beoordeling van deze variabiliteiten moet worden uitgesteld tot een nieuw besluit waarin ACM een verbeterde motivering van deze variabiliteiten toetst.

51. Gelet op het voorgaande moet ProRail een voldoende duidelijke en deugdelijke motivering verstrekken van de variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels en variabiliteit van de vervangingsinvesteringen.

52. ACM zal deze nieuwe motivering in het kader van de onderhavige klacht opnieuw beoordelen.

53. Indien de (alsdan beoordeelde) nieuwe motivering resulteert in een gewijzigde variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels of variabiliteit van de vervangingsinvesteringen, dan dient ProRail de gebruiksvergoeding voor dienstregelingsjaar 2016 dienovereenkomstig aan te passen.

54. Indien de beoordeelde nieuwe motivering resulteert in:

    (a) een gewijzigde variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels, of;

    (b) een gewijzigde variabiliteit van de vervangingsinvesteringen die per saldo zou resulteren in een lagere gebruiksvergoeding;

    dan dient ProRail de gebruiksvergoeding 2015 dienovereenkomstig en met terugwerkende kracht aan te passen.

5.2.2 Beoordeling van de kostenstijging in 2016

Inleiding

55. De gebruiksvergoeding stijgt van 299 miljoen in 2015 (prijspeil 2015) naar 330 miljoen in 2016 (prijspeil 2016).[10] De verhoging van de kostenbasis van € 31 miljoen wordt voor € 20 miljoen veroorzaakt door een aantal nieuwe wijzigingen in de kostensystematiek in 2016 en wordt voor de overige € 11 miljoen veroorzaakt door de autonome stijging van de kosten van ProRail.

56. ACM beoordeelt hierna eerst de wijzigingen in de kostensystematiek in 2016 en gaat daarna in op de autonome kostenstijging.

Wijzigingen in de kostensystematiek

57. ProRail beschrijft de wijzigingen die in 2016 in de kostensystematiek worden doorgevoerd in haar brief van 9 februari 2015. ACM beoordeelt hierna alle wijzigingen in de systematiek die resulteren in een verhoging van de kostenbasis van € 20 miljoen in 2016.

---

[10] ProRail, brieven van 12 maart 2015 en brief van 6 mei 2015, randnummer 6.

Verbeteringen in de categorisering van kosten in 2014

58. ProRail geeft aan dat de kostenbasis van de gebruiksvergoeding in 2016 door verbeteringen in de categorisering van de kosten per saldo met € 13 miljoen stijgt. ProRail stelt dat de berekening voor de gebruiksvergoeding 2016 refereert aan de kostenbegroting conform de subsidieaanvraag 2014. De verschillen ten opzichte van de begroting op basis van de subsidieaanvraag 2013 werken door in de verandering van de kostenbasis voor de gebruiksvergoeding 2016 en leiden ertoe dat de via de gebruiksvergoeding door te belasten kosten worden verhoogd.

59. In randnummer 60 tot en met 63 beschrijft ACM de verschillende onderdelen van deze verhoging van € 13 miljoen.

60. ProRail geeft aan dat € 3,6 miljoen van de kostenstijging in 2016 wordt veroorzaakt door het later ingaan van al ingeboekte besparingen via prestatiegericht onderhoud. Het gaat hier om besparingen die waren ingeboekt voor 2015 en 2016 en die in 2015 een verlagend effect hebben op de kostenbasis en de gebruiksvergoeding. Bij het opstellen van de subsidieaanvraag voor 2014, die leidend is voor de gebruiksvergoeding in 2016, bleek deze besparing echter nog niet te kunnen worden gerealiseerd in 2015 en 2016. Voor het jaar 2015 waren de tarieven echter al bepaald en in de Netverklaring 2015 opgenomen. Deze wijziging werkt daardoor niet door in de kostenbasis van 2015, maar alleen in de kostenbasis 2016. Ten opzichte van de kostenbasis 2015 is daarmee sprake van een verhoging in 2016.[11]

61. ProRail geeft aan dat € 3,5 miljoen van de kostenstijging in 2016 wordt veroorzaakt door het toedelen van centraal gereserveerde budgetten voor transferkosten. Bij de centraal gereserveerde budgetten voor transferkosten gaat het om kosten die bedoeld zijn voor transfer, maar die vooralsnog onder een andere kostensoort waren geparkeerd. In 2015 zaten deze kosten echter nog niet in de kostenbasis, omdat toen nog niet duidelijk was of deze kosten konden worden beschouwd als onderhoudskosten voor transfer. Deze zijn daardoor in 2015 geen onderdeel geweest van de kostenbasis. Door voortschrijdend inzicht werd dit duidelijk en konden bij de nadere toedeling bij de subsidieaanvraag 2014, die leidend is voor de gebruiksvergoeding in 2016, de kosten wel op de juiste kostenpost van transfer worden geboekt. Het betreft vooral onderhoudskosten van grote projecten zoals de vernieuwing van grote stations. Deze kosten waren daarmee in 2014 en 2015 geen onderdeel van de kostenbasis maar in 2016 wel.

62. ProRail geeft aan dat € 0,9 miljoen van de kostenstijging wordt veroorzaakt doordat voor de vervangingsinvesteringen een middeling van de investeringen over 10 jaar wordt genomen. Voor 2015 zijn de gemiddelde verwachte investeringen over de jaren 2013 tot en met 2022 gebruikt. Voor 2016 zijn de gemiddelde verwachte investeringen over de jaren 2014 tot en

[11] ProRail, brief 8 juni 2015, antwoord vraag 8.

met 2023 gebruikt. In 2016 vallen dus de investeringen voor 2013 weg, terwijl dit een jaar is met relatief lage vervangingsinvesteringen (€ 95 miljoen). De investeringen in 2023 zijn daarentegen iets hoger dan gemiddeld (€ 176 miljoen).

63. ProRail geeft aan dat in de Subsidieaanvraag 2013 binnen de kostencategorie ‘bovenbouwvernieuwingen’ een verwachte besparing was opgenomen voor 2015. Deze verwachte besparingen zorgde voor een lagere kostenbasis van de gebruiksvergoeding voor 2015. Deze verwachte besparing bleek uiteindelijk niet te worden gerealiseerd binnen de kostencategorie ‘bovenbouwvernieuwingen’, maar bleek te worden gerealiseerd binnen de kostencategorie ‘vervangingsinvesteringen: overige vervangingen’. In de Subsidieaanvraag 2014 is deze verschuiving verwerkt. De verwachte besparing is dus in de Subsidieaanvraag 2014 uit de kosten voor de ‘bovenbouwvernieuwingen’ voor 2016 gehaald en verschoven naar ‘vervangingsinvesteringen: overige vervangingen’. De besparing in een kostensoort met variabele kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst volgen, is daarmee verschoven naar een kostensoort *zonder* variabele kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst volgen. Omdat er een besparing wegvalt die in de Subsidie aanvraag 2013 wel was opgenomen voor 2014 en 2015, en toen een verlagend effect had op de gebruiksvergoeding, stijgt de kostenbasis voor de gebruiksvergoeding in 2016.[12] Dit leidt tot een stijging van de kostenbasis van € 4,9 miljoen.[13]

64. ACM is van oordeel dat de in randnummer 60 tot en met 63 beschreven verhogingen van de kostenbasis door ProRail voldoende zijn gemotiveerd en voldoen aan de wettelijke eisen.

Technische verbetering in de berekeningswijze van de kosten van transfer (stations)

65. In randnummer 45 is aangegeven dat de variabiliteit van de onderhoudskosten van stations (dienst transfer) door ProRail is berekend uit de relatie tussen de gerealiseerde kosten voor schoonmaak, energie en onderhoud van stations en het aantal in- en uitstappers per station. Naarmate het aantal in- en uitstappers op een station toeneemt, stijgen ook de totale kosten van dat station. Uit deze relatie stelt ProRail voor 2015 en 2016 een variabiliteit van 70,9% vast.

66. ProRail stelt dat bij het bepalen van de kostenbasis dezelfde kostensoorten meegerekend moeten worden als waarop de variabiliteit is bepaald. Bij de bepaling van de variabiliteit van de kosten voor stations waren de energiekosten van stations wel opgenomen, maar in de integrale kostenbasis voor de stations werden die kosten niet meegenomen. Dat is in de berekening voor 2016 gecorrigeerd door de energiekosten wel in de integrale kostenbasis op te nemen. Dit leidt tot een stijging van de kostenbasis van € 4,4 miljoen.

[12] ProRail, brief van 18 juni 2015.

[13] Zie ook brief van ProRail aan ACM van 27 maart 2015, voetnoot 1.

67. ACM is van oordeel dat deze correctie niet voldoet aan de wettelijke eis dat de gebruiksvergoeding alleen de kosten bevat die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien. ProRail geeft zelf aan dat de energiekosten van stations niet-gebruiksgerelateerd zijn. ProRail stelt over onder andere de energiekosten: "Deze kosten worden als niet-gebruiksgerelateerd beschouwd omdat er geen relatie ligt met het aantal in- en uitstappers. De energiekosten die gemaakt worden op de stations betreffen kosten voor verlichting en verwarming van de perrons, hallen en fietsenstallingen. Instelling van het niveau van verlichting en verwarming heeft geen relatie met het aantal reizigers dat het station bezoekt of het aantal treinen dat op het station stopt maar o.a. wel met de openingstijden van het station en de seizoensgebonden weersomstandigheden."[14]

68. ACM is van oordeel dat omdat de energiekosten niet-gebruiksgerelateerd zijn, ze ook niet meegenomen moeten worden in de berekening van de variabiliteit en kostenbasis. Het wel meenemen van deze kosten werkt benadelend ten opzichte van de leden van FMN, die hierdoor te hoge tarieven zouden gaan betalen, en is daarmee in strijd met artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet.

69. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ProRail de energiekosten van stations niet mag meerekenen bij het bepalen van de gebruiksvergoeding. ProRail moet (a) de energiekosten van stations daarom uit de integrale kostenbasis verwijderen (b) de berekening van de variabiliteit van stations voor 2016 opnieuw uitvoeren (zonder energiekosten), en (c) met deze gewijzigde integrale kostenbasis en variabiliteit voor 2016 opnieuw de gebruiksvergoeding voor stations (transfer) bepalen.

70. ProRail geeft aan dat een nieuwe berekening van de variabiliteit waarin de energiekosten niet zijn meegenomen relatief veel tijd zou kosten.[15] Dat kan echter naar het oordeel van ACM geen reden zijn om kosten die niet-gebruiksgerelateerd zijn toch deels aan de gebruiksvergoeding toe te rekenen.

Technische verbetering in de berekeningswijze van de kosten van de bovenleiding

71. ProRail geeft aan dat een deel van de vervangingskosten van rijdraden (bovenleiding) afhankelijk is van het gebruik van het spoor. Immers, rijdraden worden vervangen als deze te dun worden en het dunner worden van de rijdraden is het gevolg van treinen die daar gebruik van maken. Jaarlijks wordt er voor gemiddeld € 3 miljoen aan rijdraden vervangen. De variabiliteit is gelijk gesteld aan de variabiliteit van de andere vervangingsinvesteringen, namelijk 20,1% Dit leidt tot een stijging van de kostenbasis van € 0,7 miljoen.

72. ACM acht het evident dat de rijdraden onderhevig zijn aan slijtage en is van oordeel dat het gebruik van de variabiliteit voor vervangingsinvesteringen voor de hand ligt. Immers, het

[14] Gebruiksvergoeding op het spoor – 29 juni 2012, p. 19.
[15] ProRail, brief 8 juni 2015, antwoord op vraag 13.

gaat ook bij het vervangen van rijdraden om vervangingsinvesteringen. ACM is daarom van oordeel dat deze wijziging voldoet aan de wettelijke eisen.

Technische verbetering in de berekeningswijze van de kosten van de dienst treinpad

73. ProRail stelt dat naarmate er meer treinen rijden er minder mogelijkheden zijn om onderhoud overdag uit te voeren. Bij verhoging van het aantal treinen verschuift het dagwerk naar de nacht. In het geval er geen treinen rijden, kan al het onderhoudswerk uitgevoerd worden gedurende de dag. In dat geval is het zogenoemde 'aandeel dagwerk' 100%. Het aandeel dagwerk wanneer er geen treinen rijden is daarom in de berekening voor 2016 bijgesteld naar 100%. Vóór 2016 is daarvoor 61,4% gehanteerd. Door deze methode worden de extra kosten van nachtwerk ten opzichte van dagwerk geheel als variabele kosten toegerekend aan de gebruiksvergoeding. Door deze wijziging worden de variabele kosten daarom hoger en stijgt de variabiliteit van de onderhoudskosten van 35,7% naar 36,1%. Dit leidt tot een stijging van de kostenbasis van € 2,2 miljoen.

74. ACM is van oordeel dat deze wijziging voldoet aan de wettelijke eisen. Immers, in het geval er geen treinen zouden rijden, zou al het onderhoud overdag kunnen worden uitgevoerd. Daarmee acht ACM het juist dat de extra kosten van nachtwerk volledig als variabele kosten worden beschouwd en daarmee volledig aan de gebruiksvergoeding worden toegerekend.

75. ProRail geeft aan dat voorheen bij de prognoses van het aantal treinkilometers ook de afstanden onder de vijf kilometer werden meegenomen, terwijl deze korte afstanden bij de facturering niet in rekening werden gebracht. Volgens ProRail zijn de kosten van de treinpaden daardoor niet gedekt door inkomsten. Dit gaat om een € 0,5 miljoen niet gedekte kosten. Vanaf 2016 worden de kilometers die niet worden gefactureerd, ook bij de tariefberekening buiten beschouwing gelaten. Door deze wijziging blijft de kostenbasis ongewijzigd maar wordt het tarief verhoogd door de lagere prognose van de gebruiksomvang.

76. ACM onderschrijft dat de oude methodiek resulteerde in een onderdekking van de kosten. ACM is van oordeel dat deze wijziging voldoet aan de wettelijke eisen.

Autonome wijzigingen in de kosten

77. Er is een stijging van € 11 miljoen van de kostenbasis die niet het gevolg is van een wijziging van de kostensystematiek, maar van een autonome stijging van de kosten van ProRail. Die bestaat uit een kostenstijging van per saldo € 6 miljoen door:

    (a) uitbreiding van de taken van ProRail (vooral kosten van bodemsanering[16])

[16] Door overname van de werkzaamheden van de stichting bodemsanering NS, zie ProRail brief van 18 juni 2015, antwoord op vraag 3.

(+ € 3 miljoen);
(b) verschillende wijzigingen in de infrastructuur (+ € 1 miljoen);[17]
(c) een stijging van de apparaatskosten door uitbreiding van de treindienstleiding (+ € 5 miljoen);
(d) een afname van de apparaatskosten verkeersleiding door een taakstelling (- € 1 miljoen), en;
(e) kostenbesparende maatregelen (- € 2 miljoen).

Daarnaast is er door inflatie sprake van een algemene stijging van de kostenbasis in 2016 van € 5 miljoen.[18] In totaal is daarmee sprake van een autonome stijging van de kosten van € 11 miljoen.

78. ACM is van oordeel dat deze autonome stijging voldoende is onderbouwd en daarmee voldoet aan de wettelijk eisen.

Conclusie

79. De voorgaande veranderingen resulteren in de totale stijging van de kostenbasis in 2016 van € 31 (= 20 + 11) miljoen. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat deze stijging van de kostenbasis voldoet aan de wettelijke eisen, met uitzondering van het meerekenen van de energiekosten van stations.

5.3 Wijziging van de tariefstructuur van de gewichtsklassen in 2016

80. In 2016 wijzigt de tariefstructuur van de gewichtsklassen. Dat wil zeggen: de tarieven van de verschillende gewichtsklassen veranderen in verschillende mate. Voor de twee laagste gewichtsklassen stijgen de kosten met 10,9% terwijl de zwaardere gewichtsklassen stijgen met 5,0% en 2,4%.

81. ProRail geeft aan dat deze wijziging is ingegeven door het uitgangspunt dat de stijging van de totale gebruiksvergoeding (alle diensten samen) voor de drie verschillende gebruikerssegmenten, te weten de NS-groep, FMN en goederenvervoerders, tussen 2014 en 2016 gelijk uit diende te komen. ProRail geeft aan dat na verloop van tijd duidelijk werd dat zowel de goederenvervoerders als FMN grote bezwaren hadden tegen de verhoging van de gebruiksvergoeding in 2015 en 2016. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft ProRail in 2014 verzocht te trachten de stijging van de gebruiksvergoeding evenwichtig op de gebruikerssegmenten te laten neerslaan. ProRail geeft aan dat zij mede naar aanleiding van dit verzoek de tariefverhoging binnen de verschillende gewichtsklassen zodanig heeft gewijzigd dat de NS-groep, FMN en goederenvervoerders elk te maken

---

[17] ProRail, brief 18 juni 2015, antwoord op vraag 5.
[18] ProRail, brief 8 juni 2015, antwoord op de vragen 4 en 5.

zouden krijgen met dezelfde procentuele verhoging van het totale bedrag dat elk van de gebruikerssegmenten aan gebruiksvergoeding betalen.[19]

82. ACM voegt daar het volgende aan toe. Indien de tarieven van verschillende dienstcategorieën (treinpad, bovenleiding, transfer en opstellen) elk met verschillende percentages veranderen, en verschillende gebruikers een verschillende mix van die diensten afnemen, dan leidt dat er toe dat de gebruikers worden geconfronteerd met verschillende veranderingen in het totale bedrag dat ze aan gebruiksvergoeding betalen. Stel bijvoorbeeld dat de kosten van stations (dienst transfer) minder snel stijgen dan die van de dienst treinpad, dan zal een vervoerder die relatief (ten opzichte van andere vervoerders) veel van de dienst treinpad (treinkilometers) afneemt, en relatief weinig gebruik maakt van stations, relatief meer gaan betalen.

83. ProRail heeft de voor verschillende gebruikerssegmenten verschillend uitwerkende veranderingen in de totale gebruiksvergoeding gecorrigeerd door de tarieven verschillende gewichtsklassen van de dienst treinpad bij te stellen. Stel dat in het voorbeeld de vervoerder die relatief weinig gebruikmaakt van stations, treinen heeft in hogere gewichtsklassen, dan kan een correctie worden uitgevoerd door de tarieven voor de hogere gewichtsklassen van de dienst treinpad neerwaarts bij te stellen, terwijl die van lagere gewichtsklassen opwaarts worden bijgesteld.

84. FMN vermoedt dat de hiervoor beschreven wijziging niet voldoet aan de wettelijke eis dat de vergoeding gelijk moet zijn aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien. FMN wijst er ook op dat zij een simulatie heeft gemaakt van de gebruiksvergoeding in 2014 en 2015. Daaruit volgt dat voor haar leden sprake is van een stijging van de gebruiksvergoeding van 8,6%. Deze stijging ligt boven de gemiddelde stijging van de gebruiksvergoeding voor alle spoorwegondernemingen van 6,8%.[20]

85. ACM is van oordeel dat de door ProRail voorgenomen wijziging van de tarieven van de gewichtsklassen niet voldoet aan de wettelijke eis dat de kosten rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien. Deze wettelijke eis houdt in dat tarieven zijn gebaseerd op kosten. Deze wijziging staat daar los van. Als de kosten van verschillende diensten in verschillende mate veranderen en verschillende gebruikers nemen een verschillende mix van diensten af, dan leidt dat tot verschillende kostenstijgingen voor verschillende vervoerders. Een correctie om die verschillen teniet te doen, past niet binnen een kostenbenadering.

[19] ProRail, brief van 8 juni 2015, antwoord op vraag 16 en 17 en brief 18 juni 2015, antwoord op de vragen 11 en 12.

[20] FMN, brief, 12 juni 2015, randnummer 7 tot en met 9.

86. Het niet voldoen aan de wettelijke eis werkt benadelend ten opzichte van de leden van FMN, die hierdoor te hoge tarieven zouden gaan betalen, en is daarmee in strijd met artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet.

87. Gelet op het voorgaande moet ProRail de voor 2016 voorgenomen wijziging van de tariefstructuur van gewichtsklassen terugdraaien. Dit betekent dat de tariefstructuur van de gewichtsklassen gelijk dient te blijven ofwel dat procentuele stijging van de kilometertarieven voor alle gewichtsklassen identiek dient te zijn.

5.4 Differentiatie van de gebruiksvergoeding

5.4.1 Opdeling van de gewichtsklasse tot 160 ton

88. In dit onderdeel beoordeelt ACM het onderdeel van het verzoek waarin FMN vraagt om een oordeel over het verdisconteren van de lagere kosten voor ProRail, door de inzet van licht treinmaterieel door de leden van FMN. De inzet van licht materieel zou volgens FMN gereflecteerd moeten zijn in een fijnmazigere indeling van de gewichtsklassen bij de tarieven voor treinkilometers.

89. ACM beoordeelt het verzoek van FMN op twee hoofdpunten. Dat is ten eerste de inhoudelijke beoordeling of op basis van de wettelijke eisen een verzoek om een fijnmazigere indeling van de gewichtsklassen een redelijk verzoek is. Ten tweede beoordeelt ACM of het verzoek tijdig is gedaan c.q. of dit verzoek betrekking kan hebben op de gebruiksvergoeding voor 2015 en 2016.

Beoordeling van verzoek om een fijnmazigere indeling van gewichtsklassen

90. Een deel van de gebruiksvergoeding wordt in rekening gebracht op basis van een vergoeding per gereden kilometer. Deze vergoeding is afhankelijk van het gewicht van de trein. Naarmate het gewicht van de trein hoger is, neemt de slijtage van het spoor toe. Daarmee stijgen de kosten die relevant zijn voor de gebruiksvergoeding, namelijk de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien. ProRail hanteert hierbij sinds 2013 een tarief per gewichtsklasse. In totaal zijn er zes gewichtsklassen. Voor dit besluit is de laagste gewichtsklasse van belang, omdat vrijwel alle door FMN gereden kilometers in deze klasse vallen. Dit betreft de gewichtsklasse tot en met 160 ton. Voor alle treinen tot 160 ton geldt thans een gelijk tarief per gereden kilometer. Vóór 2013 hanteerde ProRail een andere systematiek waarbij elk treingewicht zijn eigen kilometertarief kende (continue schaal).

91. FMN is van mening dat de gewichtsklasse tot 160 ton te grofmazig is.[21] FMN geeft aan dat ongeveer 90% van de door haar gereden kilometers, tonnages tot 120 ton betreffen.[22]

[21] FMN, verzoek, punten 4.14.7, 4.21 en 4.22.

FMN schat dat zij door de grofmazige indeling van de gewichtsklassen een ongeveer 12% hogere kilometervergoeding betaalt dan bij een verdere differentiatie van de gewichtsklasse naar een klasse tot 120 ton en een klasse van 120 tot en met 160 ton.[23] FMN wil daarom dat ProRail een extra gewichtsklasse tot 120 ton invoert. Met het oog op een voorspoedig verloop van de onderhandelingen, vraagt FMN op dit punt om een oordeel van ACM.

92. ProRail geeft aan dat de indeling in zes gewichtsklassen een redelijke mate van differentiatie in gebruiksvergoeding biedt. Volgens ProRail is de indeling overzichtelijk en geldt voor de meeste individuele spoorwegondernemingen dat het overgrote deel van de gereden kilometers in twee gewichtsklassen valt. ProRail stelt verder dat andere tariefklassenindelingen voluit bespreekbaar zijn onder de voorwaarde dat de tarieven per klasse zodanig worden vastgesteld dat de som van het tarief maal het gebruik per klasse steeds de kostenbasis dekt en dat de tariefdifferentiatie goed verwerkbaar is in de facturering.[24]

Oordeel ACM

93. Wat betreft de inhoudelijke beoordeling zijn de wettelijke eisen ten aanzien van de differentiatie van de gebruiksvergoeding relevant. Artikel 72, lid 7, Sw juncto artikel 4, lid 5, Richtlijn 2001/14/EG bepalen dat ProRail gelijkwaardige en niet-discriminerende tarieven moet hanteren wanneer verschillende spoorwegondernemingen in soortgelijke delen van de markt diensten van vergelijkbare aard verrichten. Naar het oordeel van ACM betekent dit dat situaties met evident ongelijke kosten, zeker bij een expliciet verzoek daartoe, zouden moeten resulteren in een differentiatie van de gebruiksvergoeding.

94. Er is naar het oordeel van ACM echter wel een grens ten aanzien van welke verzoeken om differentiatie nog proportioneel zijn. Daarbij is relevant in hoeverre het evident is dat er sprake is van verschillende kosten en wat de administratieve kosten zijn om die vast te stellen en als gedifferentieerde gebruiksvergoeding in rekening te brengen. Het hanteren van gewichtsklassen, waarin situaties met enigszins verschillende kosten worden samengenomen, acht ACM in beginsel niet onredelijk. Vraag is hier of de gekozen gewichtsklasse tot 160 ton niet te grofmazig is.

95. In het onderhavige geval is evident sprake van ongelijke kosten: de slijtage van het spoor en daarmee de gebruikskosten voor lichtere treinen zijn lager dan die voor zwaardere treinen. ProRail bestrijdt dit ook niet. De huidige differentiatie is daarnaast ook op dit

[22] FMN, brief 27 februari 2015, antwoord op vraag 24.

[23] FMN, brief 27 februari 2015, antwoord op vraag 25. Het huidige tarief is € 0,94 per kilometer. Voor een gewichtsklasse tot 120 zou het door FMN geschatte tarief ongeveer € 0,84 bedragen. Het verschil van € 0,10 is 12% van € 0,84.

[24] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummers 5.23 en 5.24.

principe gebaseerd. De ongelijkheid van kosten is in dit geval ook significant: FMN schat dat haar leden voor treinen tot 120 ton een 12% hogere gebruiksvergoeding betalen vanwege het ontbreken van een extra gewichtsklasse tot 120 ton. De introductie van een extra gewichtsklasse lijkt ACM ook niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel voor toerekening van kosten: de administratieve lasten van een dergelijke extra gewichtsklasse, die meer recht doet aan het daadwerkelijke gewicht van treinen die de leden van FMN gebruiken, lijken gering.

96. Volgens ProRail geldt voor de meeste individuele spoorwegondernemingen dat het overgrote deel van de gereden kilometers in twee gewichtsklassen valt (zie randnummers 91 en 92). ACM acht dat laatste echter geen relevante indicatie. Het kan zijn dat FMN een klein deel van haar kilometers in de gewichtsklasse vanaf 160 ton rijdt. Relevanter is dat FMN ongeveer 90% van haar kilometers rijdt met treinen onder de 120 ton. Daarmee wordt FMN door een gewichtsklasse tot 160 ton, resulterend in een naar schatting voor FMN 12% hogere gebruiksvergoding, indirect gediscrimineerd en benadeeld.

97. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat het hanteren van een staffel tot 160 ton te grofmazig is en daarmee indirect discriminerend voor de leden van FMN. ACM is van oordeel dat een verzoek om een fijnmazigere indeling van de gewichtsklasse tot 160 ton alleszins redelijk is.

Tijdigheid van het verzoek van FMN

98. In haar verzoek wijst FMN op de plicht voor ProRail om met spoorwegondernemingen in onderhandeling te treden over de (hoogte van) de gebruiksvergoeding. In dat kader is de uitspraak van het CBb van 27 april 2009 van belang.[25] Kern van deze uitspraak is dat de gebruiksvergoeding onderhandelbaar is, dat die ook onderhandelbaar is na de vaststelling van de netverklaring voor het relevante dienstregelingsjaar, maar ook *"[…] dat dit zeker niet betekent dat de beheerder in het algemeen en onder alle omstandigheden is gehouden tot het voeren van onderhandelingen over deze vergoeding in al haar facetten."*[26]

99. FMN acht het tot stand komen van de toegangsovereenkomst een geëigend moment om over de gebruiksvergoeding te onderhandelen. Voor de toegangsovereenkomst voor 2015 zouden de onderhandelingen in het najaar van 2014 moeten plaatsvinden. FMN kent geen wettelijke eis om dergelijke onderhandelingen eerder te starten.[27]

---

[25] CBb, 27 april 2009, BI4282.

[26] CBb, 27 april 2009, BI4282 onder 5.3.

[27] FMN, brief 27 februari 2015, antwoord op vraag 28. FMN brief 2 april 2015, randnummer 4.10.

100. ProRail wijst erop dat er ook vóór de definitieve vaststelling van de netverklaring kan worden onderhandeld over de tarieven.[28]

101. ProRail wijst er op dat de wijziging van de kostensystematiek die in 2015 wordt doorgevoerd, vóór de vaststelling van de initiële Netverklaring 2015 (in december 2013), uitgebreid is besproken in een externe stuurgroep met vertegenwoordigers van alle vervoerders.[29]

102. ProRail is van mening dat de totale kosten die aan de gebruiksvergoeding worden toegerekend niet onderhandelbaar zijn in het kader van de gebruiksvergoedingsonderhandelingen.[30] ProRail stelt dat deze totale kosten volgen uit de vereiste aansluiting op de kosten,[31] dat wil zeggen uit de wettelijke verplichting dat de overeengekomen gebruiksvergoeding gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

103. ProRail stelt verder dat voorafgaand aan de bekendmaking van de netverklaring de gebruiksvergoeding onderhandelbaar is, met als voorwaarde aansluiting op de totale kosten die aan gebruiksvergoeding worden toegerekend.[32] Met andere woorden: over de kosten die ProRail maakt en die rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie, kan niet worden onderhandeld, maar over de te leveren diensten en de toerekening van kosten aan specifieke diensten kan voorafgaand aan de netverklaring wel worden onderhandeld. Na het definitief worden van de netverklaring is het volgens ProRail moeilijk om nog te onderhandelen. ProRail motiveert dat als volgt. De netverklaring is een aanbod aan alle vervoerders. Wijziging van de differentiatie van de gebruiksvergoeding betekent vrijwel altijd dat de ene vervoerder een hogere en de andere vervoerder een lagere gebruiksvergoeding krijgt. Een dergelijke wijziging kan alleen worden doorgevoerd met instemming van alle betrokken vervoerders. Dat laatste maakt wijzigingen moeilijk.

Oordeel ACM

104. ACM stelt vast dat FMN voor het eerst op 6 november 2014 schriftelijk bezwaar maakt tegen de door ProRail gehanteerde gewichtsklassen. In dat bezwaar is nog niet expliciet geformuleerd dat FMN een extra gewichtsklasse tot 120 ton wenst. De wens voor een gewichtsklasse tot 120 ton is voor het eerst schriftelijk geformuleerd op 27 november 2014 ten aanzien van de gebruiksvergoeding voor 2016.[33]

---

[28] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 4.4.

[29] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 3.15.

[30] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 4.6.

[31] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 4.9.

[32] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 4.10.

[33] FMN, verzoek, bijlage 4.

105. ACM overweegt hierover het volgende. Ten eerste onderschrijft ACM de visie van ProRail dat het na de bekendmaking van de initiële netverklaring praktisch onmogelijk is om aanpassingen te doen in de tariefklassen. Immers, een extra gewichtsklasse tot bijvoorbeeld 120 ton die zou leiden tot een lagere gebruiksvergoeding voor FMN, zou leiden tot een hogere gebruiksvergoeding voor andere spoorwegondernemingen (c.q. een verhoging van andere tariefklassen). Spoorwegondernemingen wier treinen voornamelijk onder die klassen vallen hebben al kennisgenomen van de in de netverklaring voor hen aangeboden 'lage' gebruiksvergoeding en hebben deze wellicht ook geïncorporeerd in hun prognoses. Daarnaast is relevant dat er in een eerdere fase (vóór de initiële Netverklaring 2015) gelegenheid was voor FMN, om te verzoeken om een extra gewichtsklasse te introduceren en eventueel bezwaar te maken, in geval ProRail daar niet aan tegemoet zou zijn gekomen.

106. Wat betreft de genoemde uitspraak van het CBb (zie randnummer 98) stelt ACM vast dat daaruit niet blijkt op welk moment kan worden onderhandeld over welke aspecten van de gebruiksvergoeding.

107. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat het huidige bezwaar van FMN voor wat betreft de gebruiksvergoeding voor 2015 te laat kenbaar is gemaakt aan ProRail. Dat, zoals FMN stelt (zie randnummer 99), de wetgever geen eisen stelt aan het moment waarop bezwaar kan worden gemaakt, maakt dat niet anders. Bij het ontbreken van een precieze wettelijke norm dient ACM in geval van een geschil hierover vast te stellen in hoeverre een verzoek tijdig is. ACM is van oordeel dat dit voor de tarieven van 2015 niet het geval is.

108. FMN heeft in diverse stukken en tijdens de hoorzitting aangegeven dat de tijd vóór de (bilaterale) gesprekken over de toegangsovereenkomst, niet het moment is om te onderhandelen. FMN gaf daarbij onder andere aan dat zij in die eerdere fase samen met andere vervoerders bij ProRail aan tafel zit. In dat feit ziet ACM echter geen aanleiding voor een ander oordeel. ACM stelt vast dat er in die eerdere fase voor ProRail meer flexibiliteit is om tot andere tariefstructuren te komen en dat die eerdere fase zich daar bij uitstek voor leent. FMN kan in die eerdere fase haar wensen kenbaar maken en eventueel een klacht indienen bij ACM als ProRail daar niet op redelijke wijze op reageert. Dat in die eerdere fase andere partijen aanwezig zijn, doet daar niet aan af. Andere partijen moeten juist betrokken worden, opdat zij de gevolgen kunnen vernemen van een verzoek van – bijvoorbeeld – FMN.

109. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat verzoeken tot het aanpassen van de gewichtsklassen vóór de netverklaring dienen te worden gedaan.

110. Wat betreft de gebruiksvergoeding voor 2016 is relevant dat FMN wel vóór de vaststelling van de Netverklaring 2016 schriftelijk haar verzoek voor een extra gewichtsklasse kenbaar heeft gemaakt. ACM stelt vast dat ProRail wat betreft 2016 nog geen gehoor heeft

gegeven aan dit verzoek en de afwijzing van dit verzoek ook niet heeft gemotiveerd. In ieder geval heeft het verzoek nog geen weerslag gevonden in de Netverklaring 2016. ACM acht dit in strijd met de op ProRail rustende plicht om te onderhandelen.

111. Immers, bij een onderhandelingsplicht hoort naar het oordeel van ACM ook dat ProRail gemotiveerd op verzoeken van spoorwegondernemingen reageert. Het feit dat de initiële Netverklaring 2016 in december 2014 is vastgesteld, acht ACM, gelet op het eerdere verzoek van FMN, onvoldoende reden om na de publicatie van het onderhavige besluit niet meer met FMN te onderhandelen over een extra gewichtsklasse. Bepalend is in dit geval dat het schriftelijke verzoek van FMN vóór het definitief worden van de Netverklaring 2016 is gedaan en dat het daarmee tijdig is gedaan.

112. Daarbij weegt ACM mee dat alle leden van FMN, in hun toegangsovereenkomsten voor 2015, afspraken met ProRail hebben gemaakt met betrekking tot onderhandelingen over de gebruiksvergoeding per 2016. Alleen al om die reden mogen spoorwegondernemingen er gerechtvaardigd op vertrouwen dat er ook effectieve speelruimte is voor zulke onderhandelingen aan de zijde van ProRail.

113. ACM acht het feit dat met de Netverklaring 2016 al een aanbod is gedaan aan andere spoorwegondernemingen en het feit dat dit aanbod mogelijk niet meer kan worden aangepast, in dit geval dan ook niet relevant bij de invulling van de verdere onderhandelingen.

Conclusie

114. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat:

- het hanteren van een gewichtsklasse tot 160 ton discriminerend en benadelend werkt ten opzichte van de leden van FMN, en daarmee in strijd is met artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet door in de Netverklaring 2016 tarieven op te nemen voor treinpaden die de leden van FMN discrimineren, doordat het tarief voor treinen tot 160 ton onvoldoende rekening houdt met de gewichtskenmerken van het treinmaterieel dat de leden van FMN in de regel gebruiken;

- ProRail desondanks de indeling van gewichtsklassen voor 2015 niet hoeft aan te passen, omdat FMN het verzoek om over de gewichtsklassen te onderhandelen, niet tijdig heeft ingediend bij ProRail;

- ProRail de indeling van gewichtsklassen voor 2016 fijnmaziger dient te maken, daarbij rekening houdend met het gemiddelde gewicht van het treinmaterieel dat de leden van FMN in de regel gebruiken.

5.4.2 Mogelijke lagere kosten door lagere snelheden

115. FMN vraagt ACM een oordeel over de juistheid van door partijen betrokken stellingen.[34] FMN stelt onder andere dat de kosten van ProRail van de door FMN gereden kilometers lager zijn dan gemiddeld voor vervoerders, omdat FMN met lagere snelheden rijdt dan de NS.[35] De maximumsnelheden op het regionale spoor liggen volgens FMN op 100, 80 of zelfs 60 km/uur ten opzichte van snelheden van 160, 140 of 120 km/uur op het hoofdrailnet. Dit leidt volgens FMN tot minder slijtage en daardoor tot lagere kosten. Ook zijn er volgens FMN eenmalige kosten om trajecten geschikt te maken en houden voor hogere snelheden.[36]

116. ProRail heeft voor dit onderwerp geen zienswijze kenbaar gemaakt.

117. Volgens ACM is dit onderwerp vergelijkbaar met de gewichtsklassen. Uit de door FMN aangeleverde stukken blijkt echter niet dat FMN hiertoe een verzoek heeft ingediend bij ProRail. Naar het oordeel van ACM is ProRail daarom niet verplicht voor 2015 en 2016 een differentiatie van de gebruiksvergoeding naar snelheid in te voeren.

5.4.3 Mogelijke lagere kosten van het regionale net

118. FMN vraagt ACM een oordeel over de juistheid van FMN's stelling dat onderhoud van het regionale net van ProRail relatief ten opzichte van het hoofdrailnet geringe inspanningen vergt. FMN noemt hier het feit dat in het regionale net slechts enkel spoor en geen dubbelspoor moet worden onderhouden.[37]

119. ACM merkt op dat relevant is dat het gaat om de rechtstreeks uit de exploitatie voortvloeiende kosten. Hieronder vallen dus niet de vaste kosten die onafhankelijk zijn van de mate van het gebruik van het spoor. ACM ziet niet in waarom de gebruiksafhankelijke kosten per gereden kilometer hoger zouden zijn op dubbel spoor. Bij een bepaalde lengte van een baanvak zijn de vaste kosten voor dubbel spoor wel hoger, maar dat is in het kader van de gebruiksvergoeding niet relevant. Immers, het gaat bij de gebruiksvergoeding om de gebruiksafhankelijke (variabele) kosten per gereden kilometer.

120. ACM sluit niet uit dat de gebruiksafhankelijke kosten voor het regionale net en hoofdrailnet verschillend zijn. Het is echter de vraag of die kosten voor het regionale net lager zijn. FMN noemt ook dat op het hoofdrailnet sprake is van elektrificatie en op het regionale spoor vaak niet. De kosten van elektrificatie worden echter via het tarief voor de bovenleiding

[34] FMN verzoek, randnummer 5.3.

[35] FMN verzoek, randnummer 4.20.

[36] FMN, brief 27 februari 2015, antwoord op de vragen 16 en 17.

[37] FMN verzoek, 5.3 en 4.14.4 en brief FMN 27 februari 2015 antwoord op vraag 15 en 16.

omgeslagen over de gebruikte elektriciteit en worden dus niet doorberekend aan vervoerders die gebruik maken van spoor zonder elektrificatie.

121. ACM acht met betrekking tot het maken van een onderscheid in de gebruiksvergoeding naar hoofdrailnet en regionaal net ook het volgende van belang. Ten eerste vergt dit een complexere toerekening die grotere administratieve lasten zal geven. ProRail geeft aan dat de huidige financiële administratie niet geschikt is voor een dergelijke toerekening van de kosten.[38] ACM ziet geen reden om dit in twijfel te trekken. Een dergelijke complexere toerekening zal naar het oordeel van ACM ook meer variatie in de tijd geven en daarmee meer onzekerheid geven in de ontwikkeling van de gebruiksvergoedingen. Dit lijkt ACM niet in het belang van spoorwegondernemingen. Bovendien wijst ACM er op dat het ProRail, gezien artikel 62, lid 7, Sw, juncto artikel 7, lid 6, van Richtlijn 2001/14/EG tarieven mag middelen over een voldoende aantal treindiensten om onevenredige schommelingen van tarieven te voorkomen.

122. Concluderend is ACM van oordeel dat FMN niet aannemelijk heeft gemaakt dat het regionale net lagere gebruiksafhankelijke kosten heeft. ACM acht het verder onzeker of een regionale differentiatie van tarieven in het belang is van FMN en of een dergelijke differentiatie proportioneel is gelet op de administratieve lasten voor ProRail en de grotere onzekerheid over tariefontwikkelingen voor spoorwegondernemingen. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat het ontbreken van een differentiatie van de vergoeding naar hoofdrailnet en regionaal net voor 2015 en 2016 niet kan worden aangemerkt als een overtreding van de wettelijke eisen of dat dit anderszins discriminerend of benadelend is.

5.4.4 Compensatie voor hogere kosten van het gebruik van het regionale net

123. FMN vraagt ACM een oordeel over de juistheid van FMN's stelling dat de kosten van vervoer door FMN op het regionale net hoger zijn dan op het hoofdrailnet en dat dit dient te worden gecompenseerd door een lagere gebruiksvergoeding. Het gaat hier dus niet om verschillen in de kosten van het spoor zelf (de kosten van ProRail), maar in kostenverschillen bij de vervoerders voor vervoer over het spoor. FMN noemt als voorbeelden (a) het ontbreken van elektrificatie, waardoor met duurdere dieseltreinen moet worden gereden en (b) het feit dat regionale lijnen bestaan uit enkelspoor wat betekent dat bij stremming al snel bussen dienen te worden ingezet. FMN verwijst in dit verband naar artikel 62, vierde lid, Sw (mogelijkheid van kortingen) en het vijfde lid van die bepaling (mogelijkheid van prestatieregelingen). Die bepalingen zouden ProRail volgens FMN dwingen tot het verdisconteren van kostenverschillen in de tarieven.[39]

124. ProRail heeft voor dit onderwerp geen zienswijze kenbaar gemaakt.

---

[38] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 5.15.

[39] FMN verzoek, randnummers 5.3., 4.14.5, 4.25.

125. ACM overweegt ten eerste dat het hier niet gaat om verschillen in de kosten van het spoor zelf (de kosten van ProRail), maar in kostenverschillen bij spoorwegondernemingen. ACM is van oordeel dat er geen wettelijke eisen zijn die ProRail verplichten om dergelijke kostenverschillen voor spoorwegondernemingen te compenseren in de gebruiksvergoeding.

126. ACM constateert dat het door FMN genoemde artikel 62, lid 4, Sw een facultatieve bepaling is: ProRail en spoorwegondernemingen *mogen* kortingen overeenkomen, maar de wet biedt daartoe geen verplichting. ACM ziet geen relatie tussen een compensatie voor hogere kosten en een prestatieregeling (in onderdeel 5.5.2 gaat ACM nog separaat in op het onderwerp prestatieregeling). Ook uit artikel 71, lid 1, Sw volgt naar het oordeel van ACM geen verplichting voor ProRail om de door FMN gewenste compensatie in de gebruiksvergoeding aan te brengen.

5.5 Overige

127. In dit onderdeel gaat ACM in op de overige onderdelen van het verzoek van FMN.

5.5.1 Mogelijkheid tot kostenefficiëntie niet gerespecteerd

128. FMN stelt dat de mogelijkheid tot grotere kostenefficiëntie dient te leiden tot een lagere gebruiksvergoeding. Dit volgt naar de mening van FMN uit artikel 6, lid 2, van Richtlijn 2001/14/EG die het volgende bepaalt: “infrastructuurbeheerders moeten met inachtneming van de veiligheid en van de handhaving en verbetering van de kwaliteit van de infrastructuurdienst worden aangemoedigd om de kosten van de verschaffing van infrastructuur alsmede de hoogte van toegangsrechten te verminderen.”[40]

129. ProRail heeft voor dit onderwerp geen zienswijze kenbaar gemaakt.

130. ACM is van oordeel dat artikel 6, lid 2, van Richtlijn 2001/14/EG een instructie is voor lidstaten om in de regulering van infrastructuurbeheerders prikkel voor efficiëntie in te bouwen. Dit artikel kan naar het oordeel van ACM niet worden gelezen als een eis tot efficiëntie. De bepaling gebiedt infrastructuurbeheerders immers niet om alleen efficiënte kosten via de gebruiksvergoeding in rekening te brengen.

131. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ProRail wat betreft de mogelijkheid tot kostenefficiëntie geen wettelijke eisen heeft overtreden.

[40] FMN verzoek, randnummer 4.14.2 en brief ProRail 27 februari 2015 antwoord op de vragen 8 en 9.

5.5.2 Geen prestatieregeling

132. FMN mist een adequate en relevante prestatieregeling.[41] Volgens FMN volgt uit artikel 62, lid 7, Sw en artikel 11 van Richtlijn 2001/14/EG een wettelijke eis voor een prestatieregeling.

133. Artikel 11 van Richtlijn 2001/14/EG luidt als volgt:

> 1. *Heffingsregelingen voor infrastructuur dienen via een prestatieregeling spoorwegondernemingen en de infrastructuurbeheerder ertoe aan te zetten om verstoringen zo gering mogelijk te houden en de prestatie van het spoorwegnet te verbeteren. Dit kan boetes inhouden voor handelingen die de exploitatie van het net verstoren, compensatie voor ondernemingen die onder verstoringen te lijden hebben, en premies ter beloning van prestaties die de ramingen overtreffen.*
>
> 2. *De grondbeginselen van de prestatieregeling gelden voor het gehele net.*

134. ProRail heeft voor dit onderwerp geen zienswijze kenbaar gemaakt.

135. ACM merkt op dat artikel 11 van Richtlijn 2001/14/EG is geïmplementeerd in artikel 62, lid 5, Sw dat is geformuleerd als een facultatieve bepaling: “Er kan een aftrek dan wel bijtelling worden overeengekomen in verband met optredende verstoringen en met het oog op verbetering van de prestaties van het spoorwegnet.”

136. Gelet op de formulering van artikel 11 van Richtlijn 2001/14/EG is ACM van oordeel dat de facultatieve bepaling te vrijblijvend is en dat ProRail dient te voldoen aan redelijke verzoeken om een prestatieregeling. ACM wijst er daarbij op dat beide artikelen spreken over enerzijds boetes, compensatie en aftrek (ten gunste van de vervoerder) maar anderzijds ook premies en bijtellingen (ten gunste van ProRail). Een prestatieregeling zal dus vanuit een realistische kwaliteitseis een redelijke balans moeten vinden tussen beide. Als FMN en ProRail daar geen overeenstemming over kunnen bereiken, kunnen zij ACM om een oordeel vragen. ACM kan uit de stukken echter niet opmaken dat FMN een schriftelijk voorstel heeft gedaan voor een concrete prestatieregeling.

137. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ProRail ten aanzien van de prestatieregeling geen wettelijke eisen heeft overtreden.

5.5.3 Rekening houden met geluidsemissie

138. FMN ziet ruimte voor een lagere gebruiksvergoeding als compensatie voor milieu-effecten in de vorm van een lagere geluidsemissie van het lichtere materieel van FMN.[42]

---

[41] FMN verzoek, randnummer 4.23 en brief FMN 27 februari antwoord op vraag 18 en 19.

[42] FMN verzoek, randnummer 4.24.

139. FMN verwijst naar artikel 62, lid 3, Sw dat bepaalt dat er een verhoging kan worden overeengekomen voor de kosten van milieu-effecten van het gebruik van hoofdspoorweginfrastructuur die niet in de begrote kosten van de beheerder zijn opgenomen. FMN stelt dat er weliswaar sprake is van een kan-bepaling, waardoor er geen wettelijke plicht is om milieu-effecten te verdisconteren, maar dat daar wel alle aanleiding toe is. FMN meent dat zij door ProRail wordt benadeeld door het feit dat zijn lagere geluidsemissie niet doorwerkt in een lagere gebruiksvergoeding.[43]

140. Volgens ProRail is het een misverstand dat lagere geluidsemissie een bijzondere behandeling verdient omdat een lagere geluidsemissie zich niet vertaalt in lagere kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.[44] Daarnaast heeft ProRail tijdens de hoorzitting aangegeven dat er al een door het Ministerie ingestelde subsidieregeling is voor treinen die minder geluid produceren.[45] Dit is echter een subsidie die alleen geldt voor treinen die voorheen veel geluid produceerden en zijn omgebouwd waardoor zij nu minder geluid produceren. De regeling geldt niet voor treinen die voorheen ook al minder geluid produceerden, waardoor de treinen van FMN niet aan de voorwaarden van deze regeling voldoen.

141. ACM onderschrijft dat de wet ruimte laat om milieu-effecten als lagere en hogere geluidsemissie te verdisconteren in respectievelijk lagere en hogere gebruiksvergoedingen. Naar het oordeel van ACM behoort dit dus ook tot de onderhandelbaarheid. Dat – zoals ProRail stelt – dit geen effect heeft op kosten maakt dat niet anders. Er is – zoals FMN ook zelf stelt – echter geen wettelijk plicht voor ProRail voor dergelijke maatregelen.

142. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ProRail ten aanzien van het ontbreken van compensatie voor een lagere geluidsemissie geen wettelijke eisen heeft overtreden.

6 Bindende aanwijzing

143. Gezien de hiervoor vastgestelde overtredingen van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet, legt de Autoriteit Consument en Markt, op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet jo. artikel 12j van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, de volgende bindende aanwijzing op aan ProRail.

144. ProRail dient, binnen tien weken na bekendmaking van dit besluit, de toerekening van energiekosten aan de dienstcategorie ‘transfer’ ongedaan te maken voor wat betreft de tarieven voor het dienstregelingsjaar 2016, door:

---

[43] FMN brief van 27 februari 2015, antwoord op de vragen 21 en 22.

[44] ProRail, brief 4 februari 2015, randnummer 4.26.

[45] ProRail, Netverklaring 2016, bijlage 25.

a. de energiekosten van stations uit de integrale kostenbasis te verwijderen;
b. de variabiliteit van de kosten, die toerekenbaar zijn aan de tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’, opnieuw vast te stellen, zonder de energiekosten daarin te betrekken;
c. aan de hand van de aldus opnieuw vastgestelde variabiliteit, de tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’ opnieuw te bepalen;
d. de aldus bepaalde tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’ op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop.

145. ProRail dient, binnen twaalf weken na bekendmaking van dit besluit, de indeling van gewichtsklassen van de dienstcategorie ‘treinpad’ voor het dienstregelingsjaar 2016 fijnmaziger te maken, in samenspraak met alle betrokken gerechtigden en met inachtname van het volgende:
a. ProRail dient minimaal één tariefklasse vast te stellen binnen de dienstcategorie ‘treinpad’ met een plafond lager dan 160 ton;
b. ProRail dient daarbij rekening te houden met en recht te doen aan het gemiddelde gewicht van het treinmaterieel dat de leden van FMN in de regel gebruiken;
c. ProRail dient de aldus gewijzigde tarieven op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop;
d. ProRail dient onverwijld melding te doen aan ACM van de aldus aangepaste tarieven.

146. ProRail dient, binnen tien weken na bekendmaking van dit besluit:
a. de tarieven voor het dienstregelingsjaar 2016 voor de dienstcategorie ‘treinpad’ zodanig te wijzigen dat de procentuele stijging van de kilometertarieven voor alle gewichtsklassen identiek is;
b. de aldus gewijzigde tarieven op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop;
c. onverwijld melding te doen aan ACM van de aldus aangepaste tarieven.

7 Dictum

147. De Autoriteit Consument en Markt oordeelt op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet dat:

I) FMN ontvankelijk is in haar aanvraag;

II) ProRail in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2015 en 2016 tarieven heeft opgenomen die tot stand zijn gekomen op basis van een onvoldoende duidelijk gemotiveerde variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels en een onvoldoende duidelijk gemotiveerde variabiliteit van de vervangingsinvesteringen;

III) de aanvraag van FMN gegrond is, in zoverre dat ProRail artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet heeft overtreden door in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016:
(a) energiekosten toe te rekenen aan de tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’, hetgeen niet voldoet aan de wettelijke eis dat de gebruiksvergoeding alleen de kosten bevat die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien;
(b) tarieven op te nemen voor treinpaden die de leden van FMN (onrechtstreeks) discrimineren, doordat het tarief voor treinen tot 160 ton onvoldoende rekening houdt met de gewichtskenmerken van het treinmaterieel dat de leden van FMN in de regel gebruiken, en;
(c) tarieven in de dienstcategorie ‘treinpad’ op te nemen die niet voldoen aan de wettelijke eis dat de gebruiksvergoeding alleen de kosten bevat die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien, doordat de kosten niet evenredig aan de zes tariefklassen zijn toegerekend;

IV) de aanvraag van FMN voor het overige ongegrond is.

148. Gezien de overtredingen van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet, legt de Autoriteit Consument en Markt, op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet jo. artikel 12j van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, de volgende bindende aanwijzingen op aan ProRail:

V) ProRail dient, binnen tien weken na bekendmaking van dit besluit, de toerekening van energiekosten aan de dienstcategorie ‘transfer’ ongedaan te maken voor wat betreft de tarieven voor het dienstregelingsjaar 2016, door:
a. de energiekosten van stations uit de integrale kostenbasis te verwijderen;
b. de variabiliteit van de kosten, die toerekenbaar zijn aan de tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’, opnieuw vast te stellen, zonder de energiekosten daarin te betrekken;
c. aan de hand van de aldus opnieuw vastgestelde variabiliteit, de tarieven voor de

dienstcategorie ‘transfer’ opnieuw te bepalen;
d. de aldus bepaalde tarieven voor de dienstcategorie ‘transfer’ op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop;

VI) ProRail dient, binnen twaalf weken na bekendmaking van dit besluit, de indeling van gewichtsklassen van de dienstcategorie ‘treinpad’ voor het dienstregelingsjaar 2016 fijnmaziger te maken, in samenspraak met alle betrokken gerechtigden en met inachtname van het volgende:
a. ProRail dient minimaal één tariefklasse vast te stellen binnen de dienstcategorie ‘treinpad’ met een plafond lager dan 160 ton;
b. ProRail dient daarbij rekening te houden met en recht te doen aan het gemiddelde gewicht van het treinmaterieel dat de leden van FMN in de regel gebruiken;
c. ProRail dient de aldus gewijzigde tarieven op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop;
d. ProRail dient melding te doen aan ACM van de aldus aangepaste tarieven;

VII) ProRail dient, binnen tien weken na bekendmaking van dit besluit:
a. de tarieven voor het dienstregelingsjaar 2016 voor de dienstcategorie ‘treinpad’ zodanig te wijzigen dat de procentuele stijging van de kilometertarieven voor alle gewichtsklassen identiek is;
b. de aldus gewijzigde tarieven op te nemen in de Netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2016, door middel van het uitbrengen van een aanvulling daarop;
c. melding te doen aan ACM van de aldus aangepaste tarieven.

149. Gezien de onvoldoende duidelijk gemotiveerde variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels en onvoldoende duidelijk gemotiveerde variabiliteit van de vervangingsinvesteringen, dient ProRail binnen tien weken na bekendmaking van dit besluit:
a. een voldoende duidelijke en deugdelijke motivering van de variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels vast te stellen, die voldoet aan de wettelijke eisen;
b. een voldoende duidelijke en deugdelijke motivering van de variabiliteit van de vervangingsinvesteringen vast te stellen, die voldoet aan de wettelijke eisen;
c. beide opnieuw vastgestelde variabiliteiten, de onderbouwing daarvan en een voorbeeldberekening van de tarieven die op basis van die variabiliteiten tot stand komen voor dienstregelingsjaar 2015 en 2016, aan ACM ter beoordeling voor te leggen.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.
drs. M.A. te Velthuis
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.
Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA ’s-Gravenhage.
Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.
Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.